

REPUBLICA DE PANAMA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE IMPUGNACION

EXPEDIENTE No. 003 -2008 de 20 de febrero de 2008
RECURRENTE: DESARROLLO HOTELERO DEL ISTMO, S.A.
ACTO IMPUGNADO: RESOLUCIÓN DE ADJUDICACIÓN 07-RA DE 13 DE FEBRERO DE 2008 POR LA QUE SE ADJUDICA LA LICITACIÓN PÚBLICA NO.2007-0-04-0-08-LP-000886, EMITIDA POR EL MINISTRO DE GOBIERNO Y JUSTICIA.
Magistrado Ponente: JOSÉ A. CARRASCO A.

RESOLUCIÓN No. 033-2008-Pleno/TAdCP de 17 de abril de 2008 (Decisión).

Por la cual se decreta la nulidad de lo actuado.

CONSIDERANDO:

Que la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la Contratación Pública en Panamá, en su artículo 104 crea el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas como ente independiente e imparcial, con jurisdicción en todo el territorio de la República, el cual tiene competencia privativa para conocer en única instancia, del recurso de impugnación contra cualquier acto de adjudicación relacionado con los procedimientos de selección de contratista.

Que el Decreto Ejecutivo No. 366 de 28 de diciembre de 2006, por el cual se reglamenta la Ley 22 de 27 de junio de 2006, en sus artículos 340 a 342 establece los requisitos para la presentación del Recurso de Impugnación, con indicación expresa de los documentos que deben acompañar el libelo de dicho recurso.

Que el día 20 de febrero de 2008, se recibió en este Despacho, libelo de Recurso de Impugnación de la empresa Desarrollo Hotelero del Istmo, S.A., en contra de la Resolución de Adjudicación No.07-RA de 13 de febrero de 2008, por la cual se adjudica la Licitación Pública No.2007-0-04-0-08-LP-000886, celebrada por el Ministerio de Gobierno y Justicia, para el suministro de alimentos preparados a la población penal, así como para el personal civil y policial encargado de la custodia de los privados de libertad en los diversos centros del interior del país, para el período 2008.

Que a través de Resolución No.010-2008-Pleno/TAdCP de 21 de febrero de 2008, el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas admitió el recurso de impugnación presentado por la empresa DESARROLLO HOTELERO DEL ISTMO, S.A., debidamente representada por la Firma Forense Tile y Rosas.

Que DESARROLLO HOTELERO DEL ISTMO, S.A., presentó escrito adicional, a fin de aportar pruebas documentales en respaldo de sus pretensiones (ver fojas 49 a 54).

Que mediante Nota No.137-08-DPYCI/MGYJ de 26 de febrero de 2008, se remite a este Tribunal Informe de Conducta y expediente original del Acto Público de Licitación Pública No.2007-0-04-0-08-LP-000886, el cual fue recibido efectivamente el día 27 de febrero de 2008 (fojas 56 a 62).

Que la sociedad RUIZ HERMANOS, S.A., a través de su apoderado judicial presentó escrito de oposición al recurso de impugnación y solicita al Tribunal mantener la resolución impugnada (ver fojas 74 a 79).

Que mediante Resolución No.017-2008-Pleno/TAdCP de 11 de marzo de 2008, éste Tribunal resuelve admitir las pruebas presentadas por la sociedad anónima DESARROLLO HOTELERO DEL ISTMO, S.A., consistentes en pruebas documentales, prueba de informes y prueba pericial; y, rechazar las "pruebas adicionales" presentadas por la citada empresa, el día 25 de febrero de 2008. (Cfr. Fojas 90 a 96 del expediente del Tribunal).

Que la práctica judicial desplegada indica que lo pertinente era requerir mediante diligencia de Oficio a las autoridades correspondientes la aportación de los informes de las pruebas concedidas, como mecanismo esclarecedor de los hechos planteados, lo que efectuó este Tribunal como se aprecia a fojas 99, 100, 101, 102, 103 y 104 del expediente instruido.

Que en cumplimiento a la resolución que ordena la práctica de pruebas, la Directora de Proveeduría y Compras Institucional del Ministerio de Gobierno y Justicia, remite al Tribunal copia autenticada del Contrato No.06-2007, de 6 de febrero de 2007 y de la Addenda No.1 al referido contrato (ver fojas 105 a 111).

Que en relación con las pruebas periciales requeridas, a foja 113 consta el Acta de Toma de Posesión del perito designado por este Tribunal, Licdo. ANDRÉS MOYA VALENCIA, contador público autorizado, a fin de que realizara prueba pericial solicitada por el apoderado judicial de la sociedad DESARROLLO HOTELERO DEL ISTMO, S.A., en relación con condición de insolvencia de dicha empresa de acuerdo a lo dispuesto en los principios y normas de contabilidad financiera de obligatorio cumplimiento en la República de Panamá.

Que en el expediente consta el Acta de Toma de Posesión del Licdo. Mario Augusto Licon Espino, quien comparece al Tribunal para desempeñar el cargo de perito designado por la parte actora en la diligencia pericial contable solicitada por la parte recurrente (ver fojas 116 y 117).

Que a fojas 124 a 133 reposa informe pericial fechado 25 de marzo de 2008, elaborado por el Licdo. Andrés Moya Valencia, concluye lo siguiente:

"Es prudente señalar que el citado Estado financiero, carece de información importante a valorar, tales como:

- Detalle de las Propiedades Plantas y equipos, a fin de determinar la depreciación acumulada de la misma y aplicar la fórmula de apalancamiento que representa la capacidad de endeudamiento de la empresa.*
- Los períodos contables sujetos al examen de auditoría no son uniformes, puesto que son presentados al 31 de diciembre de 2006 y el 30 de septiembre de 2007, por lo que la comparación de las cifras puede tener algún grado de distorsión al momento de realizar el análisis.*
- El Estado Financiero auditado carece de revelación adecuada, toda vez que el Estado de Resultados no indica el costo de ventas; sin embargo, el Flujo de Caja Proyectado, establece esta suma en B/.145.600 para el año 2007, cifra esta que supera en casi el doble al total de gastos Generales y Administrativo que muestra el Balance de Resultados de B/.88,395.*
- El Estado de Financiero no efectúa comentario alguno sobre las demandas que tiene la empresa.*



- Las cifras que presenta el Estado Financiero Auditado para el año 2006 difiere de las registradas en la Declaración de Renta para ese mismo año, ambos elaborados por la misma auditora.

En atención a la incongruencia de la información contable que se muestran en los Estados Financieros Auditados, y a la Declaración de Renta para el año 2006, considero prudente no emitir opinión alguna sobre la condición de insolvencia de la empresa DESARROLLO HOTELERO DEL ISTMO, S.A.

El perito concluye en su informe lo siguiente:

"Los indicadores financieros que presenta la empresa no demuestra en ningún sentido situación de insolvencia, muy por el contrario refleja una aceptable condición financiera, conforme a las cifras que aparecen en los estados financieros auditados". (Ver foja 128 del expediente del tribunal)

Que a fojas 136 a 154 se lee el informe pericial contable presentado por el perito Mario Augusto Licon, donde en su conclusión señala lo siguiente:

"Resumen: Puedo concluir que la condición financiera de DESARROLLO HOTELERO DEL ISTMO, S.A., no tiene condición de insolvencia, toda vez que los dos únicos pasivos reflejados en los estados financieros a diciembre de 2007, han sido cancelados por la empresa a la fecha de la presentación de este informe. Adicionalmente señalo que aun considerando todos los pasivos de la empresa reflejan un índice de solvencia excelente, tal como vemos en el informe.

El hecho de que la empresa continúe prestando el servicio de suministro de alimentación hasta marzo de 2008 sin haber recibido el pago correspondiente a su juicio proyecta que la empresa goza de una buena condición financiera para cumplir dicho contrato".

Que a fojas 156 a 158 consta la nota No. 067-DEP-TES de 11 de marzo de 2008, donde hizo una relación de los pagos del contrato 06-2007 correspondiente al mes de enero hasta el mes de noviembre de 2007, donde se detalla pagos hasta por la suma de DOSCIENTOS DIECIOCHO MIL TREINTA CON 00/100 BALBOAS (B/. 218,030.00), a favor de DESARROLLO HOTELERO DEL ISTMO, S.A., y relación de pagos al Contrato No. 05-2007 de enero a junio de 2007, por la suma VEINTIUN MIL CIENTO OCHENTA Y SIETE CON 30/100 BALBOAS (B/. 21,187.30).

Que a fojas 170 a 172 reposa escrito de alegatos presentado por el Ministerio de Gobierno y Justicia, y en donde concluye lo siguiente:

"Que al momento en que fue notificada la admisión del Recurso de Impugnación, ya que se había dejado sin efecto la Resolución No. 07-RA, por lo que a nuestro criterio procede el fenómeno legal de sustracción de materia el cual es un medio de extinción de la pretensión.

La pretensión determina la conclusión de un proceso, cuando esta reclamación de parte deja de existir por algún acontecimiento que jurídicamente tenga asignada tal eficacia. La desaparición de la pretensión lleva consigo la eliminación del proceso en forma paralela".

Que a fojas 173 a 182 reposa nota 900-01-185-DT-OPT de 1 de abril de 2008 de la Dirección de Tesorería, Departamento de Operaciones, Ministerio de Economía y Finanzas, en donde se da cumplimiento a la prueba de informe solicitada, en la cual se lee lo siguiente:

"1. Que durante el año 2007 a DESARROLLO HOTELERO DEL ISTMO, S.A. se le ha pagado la suma de CIENTO SETENTA Y TRES MIL VEINTIDOS CON 00/100 BALBOAS (B/.173,022.00), en concepto de gestiones de cobro presentadas al Tesoro Nacional, de acuerdo a detalle adjunto.

2. Que a nombre de DESARROLLO HOTELERO DEL ISTMO, S.A., no existe gestiones de cobro por pagar en la Dirección de Tesorería correspondiente a la vigencia fiscal año 2007.



3. Se adjunta copia autenticada de la gestión de cobro No. 70407995, por la suma de DOCE MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y DOS CON 50/100 BALBOAS (B/.12,352.50), la cual fue pagada por cheque No. 0446 de 11 de enero de 2008".

Que a fojas 186 a 215 consta copia autenticada del expediente contentivo del proceso ejecutivo instaurado por ROGER MIRANDA en contra de DESARROLLO HOTELERO DEL ISTMO, S.A., remitido por el Juez Primero del Circuito de Bocas del Toro, Ramo Civil y Familia.

Que a fojas 222 a 225 está el escrito de alegato presentado por los abogados de DESARROLLO HOTELERO DEL ISTMO, S.A., en donde alegan, entre otras cosas, que el Ministerio de Gobierno y Justicia no tenía justificación para descalificar a la sociedad proponente, a pesar de los procesos judiciales de que era objeto, al tiempo que argumenta que esa situación fue ocasionada por mora en el pago por el propio Ministerio de Gobierno y Justicia, en relación al contrato de suministro vigente para el año 2007.

Que el abogado de la recurrente finaliza su escrito de conclusiones así:

"En resumen Señores Magistrados ha quedado evidenciado por las pruebas documentales y periciales, que Desarrollo Hotelero del Istmo, S.A., nunca atravesó por una condición financiera o de insolvencia que pusiese en peligro la capacidad de cumplimiento del contrato correspondiente al año 2008, para el cual licitó y que legítimamente le debió ser adjudicado por haber cumplido con todas las especificaciones técnicas y requisitos establecidos en el Pliego de cargos.

Igualmente ha quedado evidenciado su capacidad para cumplir el contrato del año 2007, que se (sic) tácitamente renovado y proyectado sus efectos en lo que transcurre del año 2008, a pesar de que nuevamente el Ministerio de Gobierno y Justicia ha incurrido en mora en el pago."

Que todo lo anteriormente descrito constituye el caudal de las constancias procesales y los argumentos exteriorizados por las partes, por lo que el Pleno del Tribunal se aboca a su análisis con el propósito de verificar la conformidad del acto impugnado con el ordenamiento jurídico aplicable y las pretensiones del recurrente, haciendo referencia a los aspectos más relevantes contenidos en el expediente.

I. EL ACTO IMPUGNADO

El Acto impugnado lo constituye la Resolución No.07-RA de 13 de febrero de 2008, emitida por el Ministro de Gobierno y Justicia, en donde se le adjudicó al proveedor denominado Empresa RUIZ HERMANOS, S.A., el renglón No.1, correspondiente a la cárcel Pública de Changuinola, Provincia de Bocas del Toro, de la Licitación Pública No.2007-0-04-0-08-LP-000886, concerniente al "Suministro de Alimentos Preparados (Desayuno, Almuerzo y Cena) para la población Penal existente, así como para el personal Civil y Policial encargado de la Custodia de los privados y privadas de libertad, en los diversos Centros Penitenciarios del interior del País, para el período 2008, a razón de DOS BALBOAS CON 25/100 (B/.2.25) por ración diaria (ver fojas 285 a 287 del expediente administrativo).

II. PETICIONES Y ARGUMENTOS DEL RECURRENTE

La Firma Forense Tile y Rosas en su condición de apoderados judiciales de la empresa DESARROLLO HOTELERO DEL ISTMO, S.A., solicita respetuosamente en el libelo del recurso de impugnación presentado, lo siguiente:



"Revocar la Resolución Núm. 07-RA de 13 de febrero de 2008, mediante la cual el Ministerio de Gobierno y Justicia adjudicó a la Empresa Ruiz Hermanos, S.A., el Renglón Núm.1 correspondiente a la Cárcel Pública de Changuinola, provincia de Bocas del Toro, de la Licitación Pública Núm. 2007-0-04-0-08-LP-000886.

Para fundamentar su pretensión el impugnante presenta los siguientes argumentos:

"PRIMERO: Que nuestra representada, la empresa *DESARROLLO HOTELERO DEL ISTMO, S.A.*, participó en la Licitación Pública Núm. 2007-0-04-0-08-LP-000886, concerniente al Suministro de Alimentos "Preparados (Desayuno, Almuerzo y cena) para la Población Penal Existente, así como para el personal civil y policial encargado de la Custodia de los privados y privadas de la Libertad, ofreciendo en el Renglón Núm. 1 la suma de B/.2.25 por ración diaria, que hace un total de B/.275,872.50.

SEGUNDO: Que luego de la etapa de subsanación de documentos, la Comisión Verificadora presentó el respectivo informe, en cual consta que la oferta presentada por nuestra representada empató con la ofrecida por la empresa *RUIZ HERMANOS, S.A.* en el Renglón 1 de dicho acto público.

TERCERO: Que la entidad licitante, en lugar de aplicar las reglas de empate, consignadas en el literal k del artículo 30 del decreto Ejecutivo Núm.366 de 28 de diciembre de 2006, procedió a desestimar la propuesta presentada por nuestra representada, por considerarla riesgosa.

QUINTO: Consideramos oportuno hacer de conocimiento de este Tribunal la génesis del problema, que culminó en la interposición de los procesos detallados en el punto anterior. Nuestra representada, previo a la realización de el acto público en mención, resultó adjudicataria del Contrato No.06-2007, suscrito con el Ministerio de Gobierno y Justicia, para suministrar alimentación a las cárceles de la Provincia de Bocas del Toro, contrato que fue cumplido en forma integralmente por el contratista.

Sin embargo, el Ministerio de Gobierno y Justicia por fallas administrativas no imputables al contratista, no contempló en su presupuesto partidas suficientes para hacer frente a esta obligación, incurriendo en consecuencia en una mora en la realización de los pagos mensuales a partir de agosto de 2007. En virtud de lo anterior, se procedió a suscribir la Addenda No.1 a dicho contrato con fecha 24 de octubre de 2007, mediante la cual se incrementaba la partida presupuestaria en la suma de Ochenta y Seis Mil Novecientos Cincuenta y Dos Balboas con Cincuenta Centésimos (B/.86,952.50)

La situación antes descrita trajo como consecuencia que el Ministerio de Gobierno y Justicia incurriera en mora en el pago de sus obligaciones, desde agosto hasta diciembre de 2007. A pesar de ello, nuestra representada continuó prestando el servicio pactado. La mora de la entidad contratante a su vez hizo incurrir a nuestra representada en mora temporal con alguno de sus acreedores, decidiendo uno de ellos presentar una acción de secuestro contra las cuentas que le adeudaba el Ministerio de Gobierno y Justicia.

En la actualidad, la entidad licitante le adeuda a nuestra representada el mes de diciembre de 2007 y la extensión de dicho contrato para los meses de enero y febrero de 2008. A pesar de ello reiteramos, *DESARROLLO HOTELERO DEL ISTMO, S.A.*, ha cumplido su obligación de proveer los alimentos en forma satisfactoria,...

SÉPTIMO: Que la supuesta situación de riesgo no existe y nunca existió, toda vez que nuestra representada ha continuado prestando el servicio pactado al amparo del Contrato 06-2007, a pesar de la mora en el pago en que ha incurrido el Ministerio de Gobierno y Justicia y no obstante los procesos presentados en su contra, toda vez que existe como antes señalamos una Transacción Judicial en uno de los casos y en el otro el acreedor ha recibido el cincuenta por ciento (50%) de su obligación, la cual será cancelada con la cuenta correspondiente al mes de diciembre, pendiente aún de pago por la entidad contratante.

III. EXPLICACIONES PRESENTADAS POR EL MINISTERIO DE GOBIERNO Y JUSTICIA EN SU INFORME DE CONDUCTA.

El Ministerio de Gobierno y Justicia presentó el día 27 de febrero de 2008, su informe de conducta ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, a través de Nota No. 137-08-DPYCI/MGYJ de 26 de febrero de este año.



En su informe de conducta el Ministro de Gobierno y Justicia expone algunos aspectos que destacamos de la siguiente manera:

- "1. La Licitación Pública No. 2007-0-04-0-08-LP-000886 se elevó a convocatoria el 12 de noviembre de 2007, cuya adjudicación sería por renglón.*
- 2. El acto público se llevó a cabo el 5 de diciembre de 2007.*
- 7. Que inmediatamente después de realizado el acto público se remitió el expediente contentivo de las propuestas presentadas a la comisión verificadora, a fin de verificar las mismas. La comisión estaba integrada por tres (3) funcionarios del Ministerio de Gobierno y Justicia.*
- 9. Que en dicho informe se indica para el renglón No.1-Bocas del Toro, objeto de este Recurso de Impugnación, que las propuestas de Desarrollo Hotelero del Istmo, S.A., Hermanos Ruiz, S.A., se encontraban empate por haber cumplido con todos los requisitos del pliego de cargos y tener el precio mas bajo.*
- 10. que el informe se publicó en el sistema electrónico de contrataciones públicas "PanamaCompra" el día 12 de diciembre de 2007.*
- 11. Durante el término de publicación del informe uno de los proponentes de otro renglón presentó acción de reclamo para el renglón No.9 por tanto, todo el procedimiento de este acto público se detuvo hasta que la Dirección General de Contrataciones Públicas resolviera.*
- 12. Que durante ese período de tiempo se tuvo conocimiento de algunos secuestros que pesaban sobre las cuentas y local de la empresa Desarrollo Hotelero del Istmo, S.A.*
- 19. Que para el momento en que el Ministerio de Gobierno y Justicia fue legalmente notificado de la admisión del Recurso de Impugnación, 25 de enero de 2008, ya se había ejercido por parte de la entidad licitante la citada facultad de rechazo de las propuestas y se había notificado en el sistema electrónico de contrataciones públicas "PanamaCompra".*

IV. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

Como fundamento del acto administrativo impugnado, o sea, la Resolución de Adjudicación No.07-RA de 13 de febrero de 2008, por la cual se adjudicó la Licitación Pública No.2007-0-04-0-08-LP-000886, celebrada por el Ministerio de Gobierno y Justicia, para el suministro de alimentos preparados a la población penal, así como para el personal civil y policial encargado de la custodia de los privados de libertad en los diversos centros del interior del país, para el período 2008, se tiene en cuenta lo siguiente:

"Que mediante Auto No. 1253 del 20 de noviembre de 2007, del Juzgado Séptimo de Circuito del Primer Circuito Judicial de Panamá, Ramo Civil, decreta secuestro contra la sociedad DESARROLLO HOTELERO DEL ISTMO, S.A. y mediante el Oficio No. 1598-298-Sec, dicho Juzgado solicita se proceda a retener y poner a órdenes del tribunal las sumas de dineros que tenga a bien recibir la empresa demandada en mención, por parte de este Ministerio.

Que mediante Oficio No. 55-C, fechado el 14 de enero de 2008, del Juzgado Primero de Circuito de Bocas del Toro, Ramo Civil y Familia, confirma a esta Institución, la existencia de trámites legales concernientes a un proceso ejecutivo y a una acción de secuestro contra la sociedad DESARROLLO HOTELERO DEL ISTMO, S.A., vigente desde el 18 de octubre de 2007.

Que de acuerdo a lo previsto en el artículo 14, numeral 7 y artículo 15, numeral 4 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, existe incapacidad legal para contratar a toda persona natural o jurídica que haya sido declarada en estado de suspensión de pago.



Que se establece en el artículo 28, literal g) del Decreto Ejecutivo No. 366 de 28 de diciembre de 2006, que el contratista es legalmente responsable por haber ocultado al contratar, inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones, o por haber suministrado informaciones falsas.

Que se desestima la propuesta de la empresa Desarrollo Hotelero del Istmo, S.A., correspondiente al Renglón No. 1, de la Cárcel Pública de Changuinola, Provincia de Bocas del Toro, tal como lo dispone el artículo 153 del Decreto Ejecutivo No. 366 de 28 de diciembre de 2006, por considerarse riesgosa y porque la ejecución de dos procesos civiles, por deudas, puede hacer que materialmente resulte difícil cumplir el objeto de la contratación; toda vez que mantiene un proceso de remoción como depositaria de los bienes ya secuestrados y sobre la administración de los restaurantes en los cuales presta el suministro de los alimentos, conforme a declaración jurada.

Que dado que existe otro proponente que ofrece el mismo servicio, con igual precio y conforme a informe de comisión verificadora quedó empate, se procede a adjudicar a la empresa Ruiz Hermanos, S.A."

Por su parte, la empresa DESARROLLO HOTELERO DEL ISTMO, S.A., en apoyo a su pretensión sostiene que el Ministerio de Gobierno y Justicia, indebidamente apreció que adolecía de una condición financiera precaria, pues ella sí estaba capacitada para cumplir con ese compromiso, de tal manera que estamos en presencia de una discusión relativa a la motivación fáctica del acto administrativo impugnado; tarea pues, que el Tribunal debe resolver atendiendo el caudal probatorio aportado al proceso.

En primera instancia, debemos señalar que a fojas 251 a 256 del expediente administrativo, consta el informe de la Comisión Verificadora de fecha 11 de diciembre de 2007, constituida por tres (3) funcionarios, en donde se indica:

"4- Para los RENGLONES No. 1 (Changuinola) y No. 9 (Santiago), resultaron EMPATES, por lo tanto se procederá conforme lo establece el artículo 30, párrafo segundo, numeral 1 y 3 del Decreto Ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006".

La recomendación antes señalada se circunscribía a la aplicación de las reglas de desempate, consignadas en el Decreto Ejecutivo 366 de 2006 y reiteradas en el pliego de cargos de la licitación. Esa advertencia no fue acatada por el Ministerio de Gobierno y Justicia.

Así las cosas, puntualizamos los aspectos relevantes relacionados con la actuación de la entidad licitante de la siguiente manera:

A. No debió descalificarse a la empresa DESARROLLO HOTELERO DEL ISTMO, S.A., como proponente.

Al revisar la Resolución de Adjudicación No.07-RA de 13 de febrero de 2008, observamos que en uno de sus considerandos señala que DESARROLLO HOTELERO DEL ISTMO, S.A., cumplió con lo requerido en el pliego de cargos y que las propuestas fueron remitidas a la Comisión Verificadora para su estudio. Las consideraciones de la resolución impugnada no tienen relación con las conclusiones de la Comisión Evaluadora.

Por lo anterior, no nos parece correcto que se descalifique a DESARROLLO HOTELERO DEL ISTMO, S.A.: "por considerarse riesgosa y porque la ejecución de dos procesos civiles, por deudas, puede hacer que materialmente resulte difícil cumplir el objeto de la contratación; toda vez que mantiene un proceso de remoción como depositaria de los bienes ya secuestrados y sobre la administración de los restaurantes en los cuales presta el suministro de los alimentos, conforme a declaración jurada".

Las anteriores consideraciones más bien se refieren a los supuestos señalados en el artículo 99 de la Ley 22 de 2006 relacionados con las causales de resolución



administrativa de los contratos, en donde se alude a: *"la quiebra o el concurso de acreedores del contratista, o por encontrarse éste en estado de suspensión o cesación de pagos, sin que se haya producido la declaratoria de quiebra correspondiente"*.

Al analizar las constancias procesales generadas ante este Tribunal y el expediente administrativo, no observamos ninguna documentación donde se haya declarado a DESARROLLO HOTELERO, S.A., en estado de quiebra, concurso de acreedores o que se encontraba en estado de suspensión o cesación de pago. Por el contrario, existe documentación aportada por el propio Ministerio de Gobierno y Justicia en la que se indica que a la proponente se le han pagado todas sus cuentas, correspondientes al contrato de suministro de alimentos del 2007 (ver fojas 105 a 111).

Por otro lado, también observamos a página 89 del expediente administrativo, fianza de propuesta emitida por Aseguradora Mundial de fecha 3 de diciembre de 2007, a favor del Ministerio de Gobierno y Justicia / Contraloría General de la República, relacionada con la Licitación Pública No.2007-0-04-0-08-LP-000886, lo que indica que había un respaldo financiero para el cumplimiento del acto.

Por lo tanto, no compartimos el criterio del Ministerio de Gobierno y Justicia, en el sentido de rechazar a la empresa proponente, por existir procesos judiciales en su contra y esto es así, porque de conformidad con nuestro parecer los proponentes sólo pueden ser descalificados por estar inhabilitados o por no haber presentado la documentación exigida en el pliego de cargos.

B. La oferta de DESARROLLO HOTELERO DEL ISTMO, S.A., debió considerarse válida.

Tenemos presente que la oferta de DESARROLLO HOTELERO DEL ISTMO S.A. fue considerada válida por la Comisión Verificadora; es más, dicha Comisión concluyó que los proponentes DESARROLLO HOTELERO DEL ISTMO, S.A., y RUIZ HERMANOS, S.A., ofertaron igual precio, es decir que había un empate.

Por lo tanto, no nos parece justo que el Ministerio de Gobierno y Justicia, aceptase la oferta de RUIZ HERMANOS, S.A., y procediera a desestimar la oferta de DESARROLLO HOTELERO DEL ISTMO, S.A., por considerarla riesgosa.

Lo anterior es así, si tenemos en cuenta la norma contenida en el artículo 48 de la Ley 22 de 2006, que señala que el informe de la Comisión no podrá ser modificado ni anulado, salvo que se declare que hizo en contravención en lo dispuesto en esta Ley el pliego de cargos, lo cual implica necesariamente que mientras el mismo esté vigente, debe ser acatado, dado su carácter vinculante.

El concepto de riesgo está contemplado en el artículo 50 de la Ley 22 de 2006 y se aplica al supuesto de que la entidad, fundadamente, puede desestimar una oferta si considera que la misma es muy difícil de cumplir, atendiendo por ejemplo a los precios de mercado, máxime si los mismos no son estables y tienden a su aumento. Por ello, si el precio de B/. 2.25 se estimó aceptable; debió serlo para ambas empresas.

C. Se debió aplicar el procedimiento de desempate.

Somos del criterio de que al presentarse un empate en la oferta de dos proponentes, el Ministerio de Gobierno y Justicia debió aplicar las reglas de desempate contenidas en el numeral 17 del pliego de cargos, las cuales transcribimos a continuación:

"REGLAS DE DESEMPATE

En casos de empate para la adjudicación, se procederá de la siguiente manera, en orden de prelación: a. Si uno de los proponentes es una micro, pequeña o mediana empresa, debidamente acreditada como tal ante el ente competente, se le adjudicará a este proponente.



b. En los casos anteriores donde concurren iguales circunstancias en más de un proponente, o no concurren estas circunstancias, se llamará a presentar una mejora de precio. Esta mejora de precio deberá ser presentada en la sede de la entidad licitante el siguiente día hábil en sobre cerrado. La ausencia de presentación de una oferta de mejora de precio se entenderá como que se mantiene el precio originalmente presentado. La entidad licitante determinará la hora de la apertura de sobres con la mejora de precios, acto que se llevará a cabo el segundo día hábil contado desde que se produzca el empate.

c. En caso de mantenerse el empate, se procederá al sorteo público, de manera inmediata utilizando un método de azar tales como dados, monedas o cualquier otro sistema que cumpla con el principio de transparencia".

Las reglas de desempate señaladas se dirigen a propiciar la terminación del proceso de licitación, a fin de evitar el inicio de uno nuevo. Este proceso de desempate implica una actividad ante la entidad licitante, con el propósito de que la decisión final sea producto de una actuación transparente y con participación de ambos ofertantes.

Teniendo en cuenta la normativa antes señalada, estimamos que la Resolución No.07-RA de 13 de febrero de 2008, se ha dictado en contravención a la misma, por lo que estimamos que el acto impugnado debe considerarse nulo.

V. LA PRESENTACIÓN DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN Y SUS EFECTOS.

La interposición del recurso de impugnación tiene la misma consideración respecto de la interposición de los recursos ordinarios en materia administrativa, es decir que esa actuación suspende el acto administrativo impugnado.

Teniendo en cuenta lo antes señalado, este Tribunal mediante oficio N. 021-2007-TAdCP de 21 de febrero de 2008, comunica al Ministerio de Gobierno y Justicia sobre la interposición del Recurso de Impugnación, el día 20 de febrero por la sociedad DESARROLLO HOTELERO DEL ISTMO, S.A., en contra de la Resolución de Adjudicación No.07-RA de 13 de febrero de 2008.

El Ministerio de Gobierno y Justicia en su informe de conducta señaló:

"...17. El día 21 de febrero de 2008 se publicó antes de que se ejecutoriara la Resolución No. 07-RA de 13 de febrero de 2008, en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra", la citada resolución de rechazo"

"19. Que al momento en que el Ministerio de Gobierno y Justicia fue legalmente notificado de la admisión del Recurso de Impugnación, 25 de enero de 2008, ya se había ejercido por parte de la entidad licitante la citada facultad de rechazo de las propuestas y se había notificado en el sistema electrónico de Contrataciones Públicas "Panamacompra".

Posteriormente, al presentar el alegato de conclusión la entidad se muestra inconforme con la tramitación del recurso de impugnación ante este Tribunal, habida cuenta de que no se le había notificado oportunamente la interposición del recurso de impugnación. Y en ese sentido, señala:

"Cuarto: Que para el 21 de febrero de 2008 no había en el sistema electrónico "PanamaCompra", notificación legal alguna de la interposición o admisión de algún Recurso de Impugnación presentado contra el renglón No. 1 de la Licitación Pública No. 2007-0-04-0-08-LP-000886.

Quinto: Que no fue hasta el día 22 de febrero de 2008 a las 4:11 p.m., que se notificó por el sistema electrónico "Panamacompra", la admisión del Recurso de Impugnación, a pesar de que la Resolución tiene fecha de 21 de febrero, por tanto al tenor de los artículos 113 de la Ley No. 22 de 2006 y 147 del Decreto Ejecutivo No. 366 de 2006, es a partir de la publicación en "panamacompra" cuando se da formal notificación al Ministerio de Gobierno y Justicia. Cualquier comunicación por otro medio no debe ser legalmente aceptada.



El párrafo segundo del artículo 356 del Decreto Ejecutivo No. 366 de 2006, establece que para efecto del cómputo prevalecerá la publicación en el sistema electrónico de contrataciones públicas "Panamacompra".

Sobre la situación planteada por el Ministerio de Gobierno y Justicia consideramos oportuno y necesario esclarecer la actuación del Tribunal en este proceso, lo cual exponemos de la siguiente manera:

a) Notificación de la presentación del recurso de impugnación:

Tanto el artículo 114, párrafo segundo de la Ley 22 de 2006 como el 343 del Decreto Ejecutivo 366 de 2006, al regular el inicio del procedimiento para el trámite del recurso de impugnación señalan que la interposición del recurso de impugnación, **suspende la ejecución del acto impugnado.**

La solución antes indicada es totalmente compatible con lo dispuesto para el recurso de reconsideración (Artículo 170) y el recurso de apelación (Artículo 171), ambos de la Ley 38 de 2000, que regula el procedimiento administrativo general.

La diferencia radica en que la interposición del recurso de impugnación se efectúa ante el Tribunal Administrativo y no ante la entidad licitante y por otra parte, el acto de admisión del recurso también compete al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas.

Por ello, estimamos pertinente esclarecer que el procedimiento llevado a cabo por el Tribunal, esto es, por qué se comunicó mediante oficio N. 021-2007-TAdCP de 21 de febrero de 2008, al Ministerio de Gobierno y Justicia sobre la interposición del Recurso de Impugnación, el día 20 de febrero por la sociedad DESARROLLO HOTELERO DEL ISTMO, S.A., en contra de la Resolución de Adjudicación No.07-RA de 13 de febrero de 2008. Ese oficio fue entregado el 21 de febrero de 2008 a las tres y veinte (3:20 p.m.) en el Ministerio de Gobierno y Justicia.

Coincidimos con el Ministerio de Gobierno y Justicia que las decisiones del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, deben ser publicadas en el sistema electrónico "PanamaCompra", atendiendo lo señalado en los artículos 312, 356 y 367 del Decreto Ejecutivo 366 de 2006. Pero, sucede que en el presente caso no estamos frente a una decisión del Tribunal sino a un acto propio del recurrente, es decir, la interposición del recurso de impugnación. Por ello, este Tribunal no considera que la publicación en el portal es la única forma de notificación de este acto procesal y que hacerlo mediante notificación por escrito, también es válido.

b) Facultad de rechazo de los proponentes:

Reconocemos la potestad que detentan las entidades públicas de rechazar los proponentes en cualquiera etapa del proceso de contratación, al tenor de lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley 22 de 2006, pero siempre y cuando esté dentro del término para ejecutar esta facultad.

En todo caso, el Jefe de la entidad pública no puede alterar el acto administrativo de adjudicación, en el momento y de la manera que estime conveniente. Por ello, la entidad no puede modificar o derogar el acto impugnado, una vez que se haya interpuesto el recurso de impugnación, esto es teniendo en cuenta lo señalado en el artículo 114 de la Ley 22 de 2006 y el artículo 343 del Decreto Ejecutivo 366 de 2006.

Así pues, a nuestro juicio, la resolución objeto del recurso de impugnación no puede ser derogada o sustituida por otra, si esta última es posterior a la interposición del recurso de impugnación, es decir, cuando ya ha ingresado a la competencia de éste Tribunal, de tal



manera que el Tribunal debe considerar que el acto impugnado sigue vigente, por lo que estimamos debe darse un pronunciamiento de fondo del recurso.

En este orden de ideas, la facultad o atribución legal que milita a favor del Ministerio de Gobierno y Justicia de rechazar, una o todas las propuestas presentadas, tiene como condición el hecho de que el acto de adjudicación esté en firme.

En el presente caso, hemos visto, que el acto de adjudicación aún estaba pendiente del cumplimiento de los términos para la interposición del recurso impugnación, pues dicho término vencía el 22 de febrero de 2008. Por lo anterior, la Resolución No. 10-RA de 21 de febrero de 2008, que dejaba sin efecto el acto impugnado, se dictó sin la debida competencia temporal, ya que aún la adjudicación no estaba en firme.

Consta en el expediente que la publicación en el Sistema Electrónico "PanamaCompra" de la resolución No. 10-RA de 21 de febrero de 2008 se efectuó el día 21 de febrero de 2008 a las 4:13 p.m., y que el oficio de comunicación de la presentación del recurso de impugnación fue entregado el 21 de febrero de 2008 a las tres y veinte (3:20 p.m.) en el Ministerio de Gobierno y Justicia.

A nuestro juicio, la resolución mediante la cual se rechazan todas las propuestas constituye una limitación de la posibilidad de que el proponente pueda seguir accionando en procura de la defensa de sus derechos. La resolución donde se rechazan las propuestas sólo puede ser impugnada ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, mediante una acción de nulidad y fundamentalmente atacando la motivación del mismo.

En todo caso, la facultad de rechazo de los proponentes luego de dictarse un acto de adjudicación debe constituir una medida extrema, porque se trata de una potestad discrecional de la administración que coarta el derecho de defensa al proponente.

c) Fenómeno de la sustracción de materia.

Reconocemos la importancia y la utilidad del fenómeno denominado sustracción de materia, aún cuando no está contemplado en la ley de procedimiento administrativo ni en la Ley 22 de 2006, relativo a las formas de terminación del proceso.

Si el objeto de un recurso es la anulación de un acto administrativo, pero, la entidad contratante antes que otra instancia resuelva sobre dicho proceso, dicta un auto derogando el acto original. Esta nueva situación implica necesariamente la desaparición del objeto litigioso, por lo que se hace inocua la continuación del proceso, es decir, ocurre el fenómeno de la sustracción de materia. Esta solución ha sido avalada por la jurisprudencia contencioso administrativa en nuestro país.

Sin embargo, la situación antes planteada a nuestro juicio, no tiene aplicación luego que ha ocurrido la interposición del recurso de impugnación pues la ley y el reglamento aluden a la suspensión inmediata de la ejecución del acto impugnado, es decir, la entidad pierde competencia sobre dicho acto.

Dicho de otro modo, a nuestro entender, la entidad pública licitante sólo podrá rechazar a los proponentes cuando el acto no está suspendido por una disposición legal o por una decisión del Tribunal en donde se tramita su anulación, supuestos que comprenderían la acción de nulidad o plena jurisdicción ante la Sala Tercera de Corte Suprema de Justicia o la acción extraordinaria de amparo de garantías constitucionales ante los Tribunales ordinarios.

La facultad de rechazo de los proponentes puede darse luego que se ha ejecutoriado la resolución donde se adjudica la licitación y antes de la formalización del contrato



administrativo; pero esa resolución debe cumplir con los requisitos formales e intrínsecos del acto administrativo para su validez.

Sostenemos que en el presente caso no estamos en presencia de un supuesto de sustracción de materia, pues ello implicaría validar la actuación de la entidad licitante, cuando emite un acto, cuando no detenta la competencia temporal sobre el mismo.

VI. CONCLUSIONES DEL TRIBUNAL

Luego de haber efectuado el análisis de los argumentos, documentos y demás pruebas incorporadas al expediente, éste Tribunal concluye:

a). Que la Resolución de Adjudicación No.07-RA de 13 de febrero de 2008, por la cual se adjudica el renglón No.1 de la Licitación Pública No.2007-0-04-0-08-LP-000886, celebrada por el Ministerio de Gobierno y Justicia, para el suministro de alimentos preparados a la población penal, así como para el personal civil y policial encargado de la custodia de los privados de libertad en los diversos centros del interior del país, para el período 2008, no puede ser considerada válida porque fue dictada en violación del procedimiento señalado en el pliego de cargos.

b). Que el Ministerio de Gobierno y Justicia debió atender lo señalado por la Comisión Verificadora, en el sentido de que se debió aplicar las reglas de desempate entre las propuestas presentadas por DESARROLLO HOTELERO DEL ISTMO, S.A., y RUIZ HERMANOS, S.A.

c) Que el proponente DESARROLLO HOTELERO DEL ISTMO, S.A., no podía ser descalificado, pues no había fundamento legal para ello.

d). En lo que se refiere a la fianza de impugnación consignada por el recurrente, éste Tribunal considera que la misma debe ser devuelta, porque se ha observado que no ha existido mala fe ni temeridad en la interposición del recurso de impugnación.

Por lo anterior, el Pleno del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, en uso de sus facultades legales y reglamentarias,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR nulo el proceso de adjudicación del renglón No.1 de la Licitación Pública No.2007-0-04-0-08-LP-000886, celebrada por el Ministerio de Gobierno y Justicia, y por ende tampoco es válida la Resolución de Adjudicación No.07-RA de 13 de febrero de 2008, por la cual se adjudica el renglón No.1 de la Licitación Pública No.2007-0-04-0-08-LP-000886, celebrada por el Ministerio de Gobierno y Justicia, para el suministro de alimentos preparados a la población penal, así como para el personal civil y policial encargado de la custodia de los privados de libertad en los diversos centros del interior del país, para el período 2008. El Tribunal sugiere en consecuencia llevar a cabo otro acto público.

SEGUNDO: DESESTIMAR las alegaciones presentados por RUIZ HERMANOS, S.A., quienes actuaron en el proceso como terceros.

TERCERO: DEVOLVER al Ministerio de Gobierno y Justicia el expediente administrativo contentivo del Acto Público de la Licitación Pública No.2007-0-04-0-08-LP-000886, celebrada por el Ministerio de Gobierno y Justicia, para el suministro de alimentos preparados a la población penal, renglón No.1.

CUARTO: DEJAR SIN EFECTO la suspensión ordenada mediante la Resolución No. 010-2008-Pleno/TAdCP de 21 de febrero de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas.

QUINTO. ORDENAR la devolución de la fianza de impugnación consignada por la recurrente DESARROLLO HOTELERO DEL ISTMO S.A.



SEXTO: NOTIFICAR a las partes de la presente Resolución para los efectos legales pertinentes, a través del sistema electrónico "PanamaCompra" y en el tablero de anuncios del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, notificación que se entenderá surtida transcurridos dos días hábiles posteriores a su alzada en el portal electrónico "PanamaCompra".

SÉPTIMO: ADVERTIR a las partes que esta resolución agota la vía gubernativa y contra la misma no se admitirá recurso alguno, salvo la acción que corresponda ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

OCTAVO: DISPONER la salida del Expediente No.003-2008 de 20 de febrero de 2008.

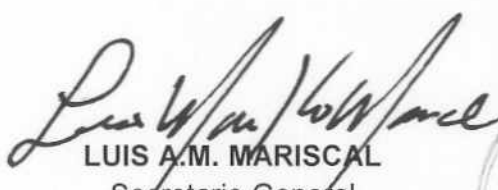
FUNDAMENTO DE DERECHO; Artículos 40, 49, 50, 114 y 118 de la Ley 22 de 2006 , que regula la Contratación Pública; y, Artículos 81, 354 y 358 del Decreto Ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006, Reglamento de la Ley 22 de 2006.

Notifíquese y Cúmplase,


MARTIN WILSON CHEN
Magistrado Presidente


IRASEMA TIJERINO
Magistrada Vicepresidenta


JOSE A. CARRASCO A.
Magistrado Vocal


LUIS A.M. MARISCAL
Secretario General



JACA/lgg/aa